01 الأحد 2015/11/29. المحاضرة (01)

* عندما يُلزم المدين بالتنفيذ الأصل أن يكون التنفيذ عينيًا أي تنفيذ ما اتفق عليه.
* وفي بعض الحالات يستحيل التنفيذ العيني فيصبح التنفيذ عن طريق المقابل.
- أموال المدين هي محل التنفيذ.
- في القانون الروماني المدين إذا لم يوف بالتزاماته فإنه يجوز للدائن قتله أو استرقاقه.
- العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية المادة 11 صدرت سنة 1966 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1976، أما في الجزائر فتمت المصادقة عليه بموجب مرسوم رئاسي 89/07 وصدر في الجريدة الرسمية سنة 1997.
* حجز مال المدين لدى الغير، وعدّت المادة 188 من ق. م. المدني "جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه"، فإن كان هناك تنفيذ فيكون على مال المدين وليس شخصه.
* استثناء م 636 إلى 639 أخرج المشرع بعض المواد التي لا يجوز التنفيذ عليها.
* يجب أن يكون الدين خالٍ من النزاع.
* ترفع دعوى للحصول على سند تنفيذي إما حكم نهائي وإما إقرار وإما ورقة رسمية.
* في حالة تعدد الدائنين ينفذ ديونهم بالتساوي قسمة الغرماء.
* هناك 3 خصائص الضمان:
- تساوي الدائنين تجاه هذا الضمان.
- لا يحق لأحدهم أن يتقدم على الآخر إلا إذا كان له حق الأفضلية: رهن رسمي، حيازي، حق امتياز.
- لأن الضمان العام وحق المديونية لا يمنع المدين من التصرف في أمواله.

الدعوى غير المباشرة: م 189 يجوز لكل دائن حتى ولو لم يحل أجل دينه أن يرفع دعوى ضد مدين مدينه للمطالبة بحقوق هذا الآخر تجاه المدين الآخر.

* من شروط هذه الدعوى (م 190):
- أ لا يرفع الدائن الدعوى باسمه وإنما باسم ولحساب مدينه.
- وعليه لا بد من إدخال المدين في الخصام.
* قبل القيام بهذه الدعوى يجب توفر شروط:
- أ أن يكون هناك تقصير من طرف المدين "ب".
- أ ن يكون الدين موقعًا المدين نتج عنه إعسار.
- أن يكون الدين معين المقدار وخاليًا من النزاع.
- أن لا يكون الدين مستحق الأداء.

الدعوى البوليصية: أصلها روماني، كانت دعوى جماعية وليست فردية يرفعها الدائنون على مدينهم، ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي 1167 م.

* دعوى عدم نفاذ التصرف = دعوى بوليصية م 171 إلى 177 (ق.م)

* **شروط الدعوى:**

- أن يكون الدين حال الأداء.
- أن يكون هذا التصرف أدى إلى إعسار أو زيادة في إعسار المدين في التزاماته والانتقاص من حقوقه.
- أن يصدر هذا التصرف غشا من المدين.

* القصد من هذه الدعوى هو إبطال تصرف بين "ب" و"ج"، يقصد بها ليس بطلان العقد أو إبطاله له بل العقد صحيح بين أ و ب، غير أنه لا يمكن أن يحتج به تجاه الدائن، والقاضي يحكم بعدم نفاذ التصرف.

* الفسخ هو إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

الدعوى المباشرة: (م 198، 199):

* يرفعها الدائن ضد مدين المدين باسمه ولحسابه الخاص

* م 507 م 619 في عقد التأمين يجوز للمضرور المؤمن له أن يرفع دعوى مباشرة ضد شركة التأمين للمطالبة بما في ذمتها تجاه المؤمن له. // م 580 عقد الوكالة.

الدعوى الصورية: (198-199): هو إبرام الطرفين لعقدين في آن واحد.

المحاضرة (02) الأحد 2015/12/13.

* عقد الكفالة *

* نصّ عليه المشرع الجزائري من م 644 إلى 673 أي 30 مادة خصصها المشرع الجزائري لعقد الكفالة.

* المادة 646: لقد أباح المشرع الجزائري أن يقدم المدين كفيلاً للوفاء بالدين، واشترط في الكفيل شرطين:

1) * أن يكون موسراً: أي لديه ما يكفي من الأموال المنقولة والعقارية للوفاء بالدين، بحيث في حالة النزاع فإن القاضي لا يعتد بأموال الكفيل إذا وجدت في الخارج أو متنازعاً عليها (م 661 ق م).

⇐ لابد أن يكون هذا الكفيل لديه أموال حتى يتمكن الدائن من أن يرجع عليه.

* القانون الفرنسي جاء بصريح العبارة باشتراط وجود الأموال بفرنسا، أما المشرع الجزائري جاء بنص عام "الكفيل موسراً" ولم يشترط أن تكون الأموال داخل الجزائر.

2) * أن يكون له موطن في الجزائر: المشرع الفرنسي اشترط أن يكون الكفيل من نفس موطن المدين: (باريس - باريس) ⇐ جاء أدق من المشرع الجزائري، وهذا تسهيلاً للدائن على أن يرجع على المدين أو الكفيل (لأن: مستغانم ≠ تمنراست ⇐ أعباء).

3) * يجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية (مستنبط من القواعد العامة): حتى تكون الكفالة صحيحة.



تعريف الكفالة:

* الكفالة هي عقد بين الدائن (ج) والكفيل (ب) ليلتزم بمقتضاه هذا الأخير بالوفاء بالدين إذا لم يفِ به المدين الأصلي.

* أما المدين فيعتبر من الغير أي يعتبر طرفاً أجنبياً عن العقد، بل م 647 تقول بأنه تجوز الكفالة بدون علم المدين بل وبدون رضائه رغم معارضته ⇐ التساؤل؟

* عقد الكفالة كالضمان العام (188)، فهي أحسن من الضمان العام لأن الدائن له مدين أساسي وله مدين احتياطي (ثانوي) وهو الكفيل (كضامن).

خصائص عقد الكفالة:

[يرجع الدائن أولاً على المدين وثانياً على الكفيل ⇐ المسؤولية شخصية (188)، وجميع أموال الكفيل كالضمان العام ⇐ عند تعدد الدائنين فإنهم يزاحمون الدائن في اقتضاء حقهم من الكفيل. والكفالة العينية أحسن من الكفالة الشخصية].

1) * الكفالة عقد رضائي: حيث إذا ثار نزاع ⇐ كشكل للإثبات ⇐ لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، على عكس القانون السويسري الذي جعل من الكفالة عقد انعقاد، فالقانون الجزائري سكت لذا قال بأن عقد الكفالة هو عقد رضائي.

* إذا ما نزاع المشرع اشترط أن يكون إثبات الكفالة بالكتابة، حتى ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة وشهادة الشهود. لماذا؟ الكتابة يمكن أن تكون عرفية أو رسمية لأنها من أجل الإثبات وليس من أجل الانعقاد ⇐ إذا لم أثبت ← ضاع الحق = موت حكمي.

* الكفالة من العقود الخطيرة بالنسبة للكفيل، وبالتالي اشترط المشرع إثباتها بعقد رسمي أو عرفي كدليل للإثبات.

* ملاحظة هامة: النظرية العامة للإثبات: إذا وجد مانع أدبي (حياء) أو مادي (حريق)، فإنه يمكن تصحيح غياب الكتابة عن طريق اليمين أو الإقرار أو البينة. ⇐ المادة 645 الأثر نجد أثرها ويمكن تصحيح الإثبات، أي الحق يولد ميتًا لكن يمكن تصحيحه عن طريق اليمين وغيرها.

04

ع) * الكفالة عقد تابع (احتياطي):

* عقد الكفالة يقتضي بالضرورة وحتمًا وجود التزام أصلي، وهو الالتزام المكفول، وبالتالي فالكفالة ترتكز على العقد الأصل وتتبعه في انعقاده أو نشوئه وفي انقضائه وفي بطلانه أو فسخه وفي أوصافه. ⇐ الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان العقد الأصلي صحيحًا فبطلانه يؤدي إلى بطلان الكفالة.

* وبناء على أن الكفالة عقد تابع، فإنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي م 665 ق.م.

* ولا يجوز أن يكون مركز الكفيل أشد (أي أسوأ) من مركز المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين الأصلي (1000 دج ← 500 دج // أو الإنقاص في الأجل).

* وإذا كان الدين الأصلي مضافًا إلى أجل أو معلقًا على شرط فإنه يجب أن يتضمن عقد الكفالة نفس الأوصاف.

* ولكن يمكن أن يعقد عقد الكفالة بشروط أخف، مثلا 300 بدل 1000 دج، أو أجل أبعد.

* إذا كان العقد الأصلي باطلًا بطلانًا مطلقًا هنا لا إشكال فيجوز لكل طرف أن يطلب البطلان المطلق "أ" و "ب" أو "ج"، وكذا القاضي يمكنه إثارته من تلقاء نفسه.

* لكن المشرع الجزائري م 99 ق.م القابلية للإبطال ⇐ البطلان النسبي (الإكراه، التدليس، الغلط، الاستغلال) - أحد الفرضين:

- المدين يطلب الإبطال ⇐ ما بني على باطل فهو باطل.

- المدين لا يريد إبطال العقد ⇐ للكفيل الحق في طلب إبطال العقد الأصلي باسمه هو (الكفيل) فقط، أما

بالنسبة للمدين فإن العقد يبقى قائمًا.

* الأهلية (49ق-654): تكون أ "ناقص الأهلية (المدين)، وأنا آتي لأكفله، هنا حالتان:

أ- لم أكن عالمًا بنقص أهليته (قضية إثبات هنا) فإنه إذا لم يقم المدين بإبطال العقد، فيجوز لي أنا الكفيل (كاستثناء) أن أطلب إبطال العقد (بشرط عدم العلم بنقص الأهلية طبعًا)

ب- حالة العلم بنقص الأهلية، هنا لا يجوز للكفيل التمسك بإبطال العقد (حتى ولو تمسك به المدين)، لكن إذا رفع المدين دعوى الإبطال للعقد الأصلي فإن الكفيل يستفيد من هذا الإبطال لأن ما بني على باطل فهو باطل (=) الرجوع إلى الحالة الأولى التي كانوا عليها قبل التعاقد.

3) * الكفالة عقد من عقود التبرع:

* هو عقد تبرعي يتولد عليه إثراء لأحد الطرفين وافتقار للطرف الآخر. لذا يشترط توفر نية التبرع.

* الكفيل لا يأخذ أي مقابل من طرف الدائن ⇐ يشترط انصراف نية التبرع إلى ذلك.

* ولكن إذا اشترط الكفيل من الدائن مقابلاً فإننا لا نكون بصدد عقد كفالة، وإنما بصدد عقد أصلي (عقد تأمين، ائتمان) ليس تبعي، ويكون حينها عقدًا ملزمًا للجانبين.

4) * عقد ملزم لجانب واحد:

* الطرف الملتزم هو الكفيل (التزام بالوفاء بالدين إذا لم يفِ به المدين)، والدائن لا يلتزم بأي شيء تجاه الكفيل.

* هو عقد ملزم لجانب واحد (إيجاب وقبول، الآثار تترتب على شخص واحد هو الكفيل)، وليس تصرفًا صادرًا بإرادة منفردة (لا يحتاج إلى إيجاب وقبول لقبول الطرف الآخر) مثل: الوصية، الوقف، الوعد بجائزة).

5) * م 651 كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنيًا حتى ولو كان الكفيل تاجرًا:

* المبدأ أن هذا عمل مدني يخضع لقواعد القانون المدني، فالأصل الدين تجاري والكفيل تاجر = مدني.

* غير أنه إذا كانت الكفالة ناشئة على ضمان الأوراق التجارية أو على التظهير لهذه الأوراق فإنها تعتبر عملاً تجاريًا.

* عقد الكفالة هو عقد تبرعي وبالتالي موضوعيًا يتنافى مع التجارة التي تعتمد على المضاربة وتحقيق الربح، فمن البديهي أن يكون عقد الكفالة عملاً مدنيًا وليس تجاريًا. غير أنه إذا كان هذا الكفيل تاجرًا وأبرم عقد الكفالة بقصد التجارة مع المدين "أي مقابل عمولة" فإن العقد يكون عقدًا تجاريًا وليس مدنيًا بالنسبة للكفيل والمدين، أي تطبق قواعد القانون التجاري بسبب أن عقد الكفالة أبرم بقصد التجارة أي الربح والمضاربة.

ملاحظة مهمة: الدين مهما كان مصدره تجوز كفالته (عمليا الدين مصدره واحد هو العقد).

أنواع الكفالة:

1) * الكفالة القانونية: مصدرها القانون م 851 (حق الانتفاع عندما يتم جرد العقارات)؟ في المجال العملي لا تتحقق.

2) * الكفالة القضائية: م 40 سابقا والمادة 303 من ق.إ.م.إ حاليا في النفاذ المعجل (في الاستعجال)، غير واردة في التطبيق.

3) * الكفالة الاتفاقية: (الحصة المقبلة).

المحاضرة: 03 *الأحد 2016/01/10*

IV/ عقد الكفالة

* في الكفالة توجد ثلاث علاقات:

1 - علاقة الكفيل بالدائن.

2 - " " بالمدين.

3 - علاقة الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا.

(المدين خارج العلاقة بل يمكن عقد الكفالة بدون علم المدين).

I/ * علاقة الكفيل بالدائن:

يجب أن نفرق بين ما إذا كانت الكفالة بسيطة أو تضامنية:

I. 1 * الكفالة البسيطة: تحكم علاقة الكفيل بالدائن في الكفالة البسيطة أربع قواعد هي:

1 - حلول الأجل:

* لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا عند حلول الأجل الأصلي للدين، وبالتالي على القاضي عدم قبول الدعوى شكلا لسبق أوانها.

* في عقد الكفالة المبرم بين الدائن والكفيل إذا لم يحدد هذا الأجل في العقد فإنه يرجع إلى أجل الدين الأصلي أي العقد المبرم بين المدين والدائن وبالتالي فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد حلول الأجل الأصلي لأنه الأصلح للكفيل.

* فإذا سقط أجل الدين بسبب إعسار المدين أو إفلاسه أو إنقاصه للتأمينات فبالنسبة للمدين يسقط الأجل (م 211 ج)، لكن بالنسبة للكفيل لا يسقط وبالتالي فإنه يتمسك دائما بالأجل الأصلي

وم 658 ، عسر المدين فإنني أتمسك بقاعدة أنه لا يمكن أن ترجع علي إلا في التاريخ المحدد للدين.

* من خصائص عقد الكفالة أنه عقد تابع إذ لا يجوز أن يكون التزام الدائن أشد من التزام المدين.

2- الدفع الثاني : الدفع بالرجوع (م 1/660) :

* م 1/660 : " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين " ، لأنني أنا مدين احتياطي والآخر مدين أصلي.

الفرق بين :

حلول الأجل	الدفع بالرجوع
حتى يأتي من جانفي فقط	جاء هذا في جانفي

= يتعين على الدائن أولاً أن يرجع على المدين ثم إذا ما عند وشي يرجع ثانياً على الكفيل ، لكن يمكن الرجوع عليهما في دعوى واحدة.

هذا معنى رفع الدعوى عليهما معاً :
- المدعي : ج ،
- المدعى عليه : المدين (المدعى عليه الأصلي) ،
- الطرف المدخل في الخصام (أو محضور) : (الكفيل)

* وعلى هذا الأساس لابد للدفع بالرجوع من توافر 3 شروط حتى يقبل هذا الدفع من الكفيل :

1) - ألا يتنازل الكفيل عن هذا الحق (هذا الدفع) لأنه مقرر في مصلحته ، ويجوز للكفيل أن يتنازل عن هذا الدفع وهذا من حقه ، لكن كلما تنازل الكفيل عن ميزة منحها له القانون كلما ابتعد عن الكفالة البسيطة واقترب من الكفالة التضامنية (الدفع بالرجوع جائز في الكفالة البسيطة ولا يجوز في الكفالة التضامنية).

2) - أن لا يكون هذا الكفيل متضامناً مع المدين.

3) - أن تكون له مصلحة في ذلك : المصلحة تكون في يسر المدين ، ويقصد بالمصلحة الفائدة وهي يسر المدين أي لديه من الأموال ما يكفيه بالوفاء بالدين (مناط الدعوى : المصلحة)

4) - لابد من التمسك به أمام المحكمة (في المذكرة) لأن هذا الدفع بالرجوع لا يتعلق بالنظام العام لأنه مقرر لمصلحة الكفيل ولا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ، وإذا قضى به من تلقاء نفسه فإنه يكون محلاً للاستئناف بالإلغاء.

3- الدفع الثالث : الدفع بالتجريد (م 2/660) :

الفرق بين :

الدفع بالرجوع :	الدفع بالتجريد :
مرحلة التقاضي والتنفيذ ما زال.	اتخذت إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل.

** م 660/ف2: " ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ".

** التنفيذ يكون أولاً على المدين، أي أولاً نقوم بإرشاده (الدائن) على أن المدين له من الأموال في الجزائر ⇐ للجرد ⇐ بشرط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء وموجودة في الجزائر وغير متنازع عليها:

م 661 ق: " إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله. ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعاً فيها ".

⇐ نبحث بالطرق المختلفة إذا كانت متنازعاً فيها أو موجودة خارج الجزائر.

** م 662 ق: إذا قمت بإرشاد المدين أن المدين له أموال بوهران على نفقتي عليّ اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (المقيم في تمنراست: الطائرة مرة في الأسبوع، أما سعيدة: يوم واحد)، إذا قمت بإرشاده في الوقت المناسب لا ألتزم في مواجهته بأي شيء، خارج الوقت أي تبرأ ذمتي.

م 662 ق: " يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين مسؤولاً اتجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب ".

** المشرع لم ينص على تاريخ البدء في الدفع، أما المشرع الفرنسي فيبدأ هذا الدفع من يوم رفع الدعوى.

** يمكن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع حتى أثناء إجراءات التنفيذ وقبل اتخاذ إجراءات البيع بالمزاد العلني ورسو المزاد العلني.

** عندما يكون لصاحبنا ما يكفي من المال فلا يجوز إذن الحجز على العقارات.

م 660 ق: " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.
ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ".

** حسب م 660/ف2 يشترط في الدفع بالتجريد أربعة شروط:

1) - عدم التنازل عن حقه (لا أقدر) وأن يكون كتابة في عقد الكفالة أو في عقد لاحق: عدم التمسك بالدفع بالتجريد) أي أن التنازل يجب أن يكون كتابياً.

2) - تمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه ليس من النظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإلغاء من تلقاء نفسها.

3) - ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين لأن الدفع بالتجريد (م 665) لا يقبل من الكفيل المتضامن مع المدين.

4) - أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن على أموال المدين.

(هناك صورة خاصة للدفع بالتجريد نصت عليها م 663 نرجع إليها فيما بعد).

5- أن يكون الكفيل كفيلاً شخصيًا وليس كفيلاً عينيًا، لماذا؟ الفرق بين الرهن والكفالة العينية ← الفرق الوحيد هو أنه في الرهن صاحب العين المرهونة هو المدين، أما في الكفالة العينية فهو شخص آخر.

← (م 888) ← الضمان العام ← إذا قدم الكفيل عينًا يكون كفيلاً عينيًا (موضوع الضمان العيني).

← مالك الشيء الضامن (المدين) ← رهن،

مالك الشيء المضمون شخص آخر ← كفالة

أما إذا كنت كفيلاً عينيًا فلا يجوز لي أن أدفع بالتجريد. مثال:

ج: دائن — أ: مدين

طرف أجنبي — ب: كفيل عيني — (عقد الكفالة بين الدائن والكفيل).

* لسنا بصدد كفالة تضامنية (م 667)، في الكفالة القضائية والكفالة القانونية دائمًا متضامنين (م 3 ق إ م والإدارية). إذن الدفع بالتجريد: كفالة شخصية نعم يجوز الدفع بالتجريد فيها، أما الكفالة العينية فلا يجوز الدفع بالتجريد فيها. لأن فكرة الرهن غالبة على الكفالة الشخصية (م 901 ق م).

* م 663 فرع خاص من الدفع بالتجريد وهو أنه يكون لصاحبنا الدائن تأمينين ← تأمين شخصي / تأمين عيني

فلا يجوز لهذا الدائن أن ينفذ على الكفيل الشخصي إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني.

* هذه العين سواء مملوكة للمدين (الرهن) أو الغير (الكفالة العينية)، سواء انصبت على عقار (رهن رسمي) أو على منقول (رهن حيازي)، سواء كان بموجب القانون أو باتفاق الطرفين فإنه يجب على الدائن (في الكفالة البسيطة) لا يمكن للدائن أن ينفذ على الكفالة الشخصية إلا بعد التنفيذ على الكفالة العينية.

ج: دائن — ب: مدين

كفيل شخصي

* ج يطلب من المدين تقديم رهن ← عقار أو منقول، العين مملوكة للمدين ← العقار لا يكفي للوفاء بالدين ⇐ أحضر لي كفالة شخصية، إذن لا يجوز لهذا الدائن أن يرجع على هذا الكفيل إلا بعد التنفيذ على الرهن.

* مثال ثاني:

ب: الدائن — أ: مدين

ج، د ← د: هو الذي يقدم كفالة عينية.

كفيلين

مدين عادي: أ
كفيل عادي: ج
كفيل عيني: د.

ج الكفيل الشخصي، لكن د: له عين مقابل رهن ← أصبح كفيلاً عينيًا ← التأمين العيني.

* لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على الكفيل العيني شريطة حلول الدين.

* م 663 اشترطت شرطين هما:

1- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين (كفالة تضامنية).

2- شرط الزمن: أن ينشأ هذا التأمين العيني قبل انعقاد الكفالة الشخصية أو في وقت واحد حتى يستنى القول بأن الكفيل الشخصي لم يكن إلا اعتمادا وبناءا على هذا التأمين العيني، يعني صاحب الكفالة الشخصية جاء بعد التأمين العيني أو في نفس الوقت.

* الشرط الأساسي لتطبيق م 663 أن الكفالة قد نشأت بعد التأمين العيني أي هو سبقها أو في نفس الوقت.

* فإذا توافر هذان الشرطان: عدم التضامن + أسبقية الكفالة العينية عن الشخصية فإنه يتعين على الدائن أن ينفذ على المدين أولا، ← المادة 663 غير قابلة للتطبيق

← الدفع بالرجوع م 669

أ: مدين — دائن

ب كفيل —— ج: كفيل الكفيل

* فإنه لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل إلا بعد رجوعه على الكفيل بعد رجوعه على المدين طبعا، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل.

* الأحكام السابقة كلها متعلقة بالكفالة البسيطة:
- الأجل،
- الرجوع،
- التجريد.

4- الدفع بالتقسيم (م 664):

* يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف.

* الدفع بالتقسيم: يجوز للكفيل أن يكفل جزءا من الدين (20% أو 50%) لأن الدائن يرجع على المدين بكل الدين فإذا وفاه صح، وإلا يرجع على الكفيل بـ 20% أو 50% على الأموال.

* م 1/664: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة". ← لابد من توافر ست شروط لتطبيق هذه المادة، فإن الدين يقسم بين الكفلاء بقوة القانون إذا:

1- تعدد الكفلاء.
2- عدم تضامنهم.
3- وحدة الدين.
4- وحدة المدين.
5- وحدة عقد الكفالة.
6- تمسك صاحب الشأن (لأن الكفالة ليست من النظام العام).

ج م

ب ، د ، هـ

كفيل 1 ك 2 ك 3

* كلهم يكفلون مدينًا واحدًا ودينًا واحدًا وفي عقدٍ واحدٍ وغير متضامنين ⇐ حق الدفع بالتقسيم بالمادة 1/664 وفق الشروط السابقة ولا بد من التمسك بهذا الدفع، وبالتالي يقسم الدين بقوة القانون.

⇐ وإذا أعسر واحد من هؤلاء الكفلاء فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر.

* الفرض الثاني: م 2/664 ق م "أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم".

أي إذا أبرمت الكفالة بعقود متوالية .... جاز للدائن الرجوع على أي منهم بمبلغ الدين إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم في العقد طبعًا.

* القواعد الأربعة هذه هي بالنسبة للكفالة البسيطة.

* تواريخ العقد؟ هل تحترم التواريخ؟ المشرع لم يحدد ⇐ يمكن يرجع بغض النظر عن التاريخ ⇐ الأصل الأصلي هو المعتد به.

II. 2. الكفالة التضامنية (م 667):

* الكفالة الاتفاقية لابد من النص عليها في العقد، إذن الكفالة التضامنية.

أ- علاقة الكفيل المتضامن مع المدين:

* تكون الكفالة التضامنية عندما يندمج الكفيل مع المدين، ويحل كلا منهما الآخر على وجه التبادل ⇐ يحق للدائن إما الرجوع على هذا أو هذا، وبناء على ذلك لا يحق لك كفيل متضامن (الأجل هو الأجل) أن يتمسك بالدفع بالرجوع والدفع بالتجريد (م 660): لا يجوز للكفيل أن يتمسك بهذين الدفعين.

* هل معنى ذلك أن مسؤولية الكفيل هي مسؤولية المدين؟ التضامن السلبي 222 ق م فإن التضامن لا يغير من طبيعة عقد الكفالة ولا يعدل من آثارها ويبقى دائمًا مدين احتياطي (الكفيل).

* الطبيعة القانونية لعقد الكفالة عقد تابع ويبقى الكفيل مدينًا احتياطيًا ولا يتحمل المسؤولية، وتطبيقًا لذلك تبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة الكفيل "الأصلي".

* كذلك يكون هذا الدائن مسؤولاً تجاه الكفيل عن تقدمه في تفليسة المدين م 658 ولو كان متضامنًا معه، فإن الدائن يكون مسؤولاً تجاه الكفيل المتضامن أو غير المتضامن إذا لم يقم باتخاذ الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار الكفيل له م 657 وكذلك تبرأ ذمة الكفيل م 656 بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من ضمانه.

* الذي يطبق في الكفالة (الدفع بالرجوع والتجريد) + لا يجوز للكفيل المتضامن أن يدفع بالتجريد للعين المرهونة المخصصة للوفاء بالدين م 663 ← واجبة التطبيق في الكفالة الشخصية ..... الكفالة التضامنية ← إذا كانت هناك تأمين عيني فإن الدائن ينفذ على هذا أو هذا ولا يحتج للكفيل الشخصي ... الدائن مرتاح يجوز له مطالبة المدين أو الكفيل.

* هناك صورة : لكن إذا كان هناك كفيل واحد وكفل عدة مدينين وكانوا متضامنين فيما بينهم فإنه يرجع على م 673 أي واحد منهم بكل الدين والذي وفى يرجع على الآخرين بما وفاه. أما إذا كانوا مدينين عاديين غير متضامنين فإنه يرجع على كل واحد منهم بحصته في الدين.

ب- علاقة الكفيل المتضامن بالدائن :

* إذا رجع الدائن على الكفيل لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالدفع بالرجوع ولا الدفع بالتجريد ولكن يشترط في ذلك أن يكون المدين أو تكون الكفالة تضامنية مع المدين. فإذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم وغير متضامنين مع المدين جاز لهم الدفع بالرجوع والدفع بالتجريد (م 666).

ج- تعدد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم (أي هناك عقد بينهم) :

* يجوز للدائن أن يرجع على أي واحد منهم بكل الدين م 668 (نحن بصدد كفالة تضامنية). أي إذا لم يكونوا متضامنين نطبق المادة 664 (الكفالة البسيطة). والذي وفى يرجع على الباقي بحصته في الدين.

مثال :

(مبلغ الدين 90)

```
        ج
   هـ    د    ب
```

"ب" وفى "ج" بـ 90 ← يرجع على "د" بـ 30 وعلى "هـ" بـ 30 ،

وإذا أعسر واحد منهم فإن الذي وفى يرجع على الباقي بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم :

هـ	د	ب
معسر	45	45

> م 668 : " إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم ".